ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO IX (1992) 325-349

# De la facultad moral a la cualidad moral: El derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía

Por JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS
Cádiz



1. El objeto de este estudio no es realizar un análisis pormenorizado de la historia del derecho subjetivo. Se trata más bien de ver hasta qué punto se puede decir que autores como MOLINA, LESSIUS y SUAREZ –en principio dependientes de la doctrina tomista, según entiende la mentalidad más extendida– son los consolidadores de la idea del derecho subjetivo como la manifestación primaria y fundamental del Derecho, que es la tesis típicamente moderna, esto es, de los siglos XVI y XVII.

Las opiniones sobre su origen son muy variadas.[1] Desde los que sostienen que fueron los juristas romanos los artífices hasta los que mantienen que no se puede hablar de derecho subjetivo propiamente hasta el siglo XIX se han producido todo tipo de aseveraciones; pero por lo general se coincide como momento de arraigo de esta tesis en el siglo XVII con la figura de GROCIO.

Con respecto a los juristas romanos, ha puesto de manifiesto VILLEY que no utilizaron el término *ius* con el sentido que atribuimos al derecho subjetivo.[2] El *ius* romano venía a designar el estatuto jurídico en el que

1. Vid., entre otros, FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI.* Ed. Pax Juris, San Lorenzo de El Escorial, 1960; y ORESTANO, R., *Diritti soggettivi e diritti senza soggeto, en Azzione, diritti soggettivi e persone giuridiche. Scienza del Diritto e Storia.* II Mulino, Bologna, 1978.

2. Cfr. VILLEY, M., *Los orígenes de la noción de derecho subjetivo,* en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo,* Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1976, págs. 32-34; idem, *Suum ius cinque tribuens,* en la misma obra, págs. 62-66; idem, *Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo,* en la misma obra, pág. 80; idem, *Acerca del sentido de la expresión "ius in re" en el derecho romano clásico,* en la misma obra, págs. 100-123; idem, *"Ius in re" del derecho romano clásico al derecho moderno,* en la misma obra, págs. 125-148. En este último artículo afirma que "el derecho romano clásico desconoce totalmente, en mi opinión, la idea del derecho subjetivo" (pág. 128).

se encuentra la persona, que precisamente por encontrarse en esa situación gozaba de ciertas facultades o competencias.[3]

Será más bien GUILLERMO DE OCCAM el que ponga las bases y comience a atribuir una relevancia mayor al sujeto de derechos. Con su empeño en concebir el derecho como una obra arbitraria de la voluntad humana o divina, suprimiendo el papel que pueda jugar la inteligencia,[4] consigue que se pierda de vista la posibilidad de un derecho natural objetivo. El empeño se centrará en los derechos naturales del individuo, es decir, en sustituir el derecho natural por las libertades naturales.[5]

Esta idea de OCCAM será seguida por algunos escolásticos como GERSON, DIEDRO, MAYR, etc..., que realizarán los primeros análisis del derecho subjetivo,[6] pero serán los modernos los que consagren definitivamente esta idea en el mundo jurídico.[7]

La causa lejana del origen del derecho subjetivo es el individualismo que comienza a abrirse paso en la Edad Media y que se acentúa en mayor medida en el siglo XVI; las vías por las que se introduce son la desvirtuación de la Moral objetiva y el crecimiento del interés particular en detrimento del interés común.[8] En definitiva, "proviene de una concepción del mundo muy diferente (...): cesa de considerar al Hombre, objetivamente, como una simple pieza de un todo organizado, y pasa a reconocerlo como dotado de libertades naturales, que los juristas tienen la misión de restringir y estudiar. Concebir la noción general de poder del individuo –derecho subjetivo, base de un nuevo Arte jurídico– nos parece haber sido la obra particular de la Filosofía moderna".[9]

3. Cfr. *ibidem.* En sentido contrario se pronuncia DABIN, J., *El derecho subjetivo.* Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 64 (nota 147). Admite que si no conocieron netamente la noción de derecho subjetivo, al menos practicaron la idea que entraña esta noción. Cfr. también, FOLGADO, A., op. cit., págs. 83-93.

4. Cfr. VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., pág. 52 y *La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam*, en *Estudios en torno...*, cit., págs. 169-190. Cfr. también, SOSA, B., *La noción del derecho en "Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho" de Luis de Molina.* Eunsa, Pamplona, 1985, págs. 195-204; y Folgado, op. cit., págs. 96-146.

5. Cfr. VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., págs. 51-52 y *Suum ius cuique...*, cit., págs. 66-67.

6. Cfr. VILLEY. *Los orígenes de la noción...*, cit., págs. 46-47 y FOLGADO, op. cit., págs. 147-173.

7. Cfr. VILLEY, op. ult. cit., págs. 49-50, donde afirma que con Grocio el derecho subjetivo ocupa un lugar de honor, pero serán sus comentaristas (Pufendorf, Feltmann, Thomasius,...) los que explotan la idea; cfr. también *Las Instituciones de Gayo...*, cit., pág. 99, *Suum ius cuique...*, cit., págs. 66-67 e *"Ius in re" del derecho romano...*, cit., págs. 144-145.

8. Cfr. VILLEY, *La génesis del derecho subjetivo...*, cit., págs. 151-152 y *Los orígenes de la noción...*, cit., pág. 45. Montoro recoge en su libro *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico* (Universidad de Murcia, 1983), págs. 29-32, un resumen completo del pensamiento de VILLEY.

9. VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., pág. 56. Cfr. DABIN, J., op. cit., págs. 47 y ss. En este sentido vid. CARPINTERO, F., *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la 'persona jurídica"*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1987), págs. 477-479.

El derecho subjetivo es concebido como un derecho que se extrae del mismo ser del sujeto, de su esencia, es un poder del sujeto individual, una cualidad de la persona.[10] Como manifiesta GUZMAN BRITO, implica un poder del sujeto que "entraña, en su seno, una ventaja, un provecho y jamás una carga".[11]

2. En ocasiones se ha pretendido ver a LUIS DE MOLINA como creador del derecho subjetivo[12] o de ser el primero en entender el derecho como facultad. Es cierto que MOLINA trata el derecho subjetivo y que utiliza, en ocasiones, indistintamente los términos derecho y facultad para designar lo mismo. Pero, en mi opinión, no es sostenible que este escolástico utilizara la noción de derecho subjetivo tal y como lo entendemos hoy día o con la significación que le dieron los modernos.[13]

Al igual que el resto de los escolásticos anteriores a él, comienza su obra tratando de delimitar o aclarar el concepto de Derecho, en un intento de deshacer el "equívoco" que puede producir este vocablo. El significado real de Derecho es *lo justo,* y de este significado derivaron los demás significados, como ley y como arte.[14] A su vez, *lo justo* puede te-ner dos acepciones, bien como "lo legítimo" (conforme a la razón y la ley), bien como "lo equitativo" y opuesto a lo injusto o inicuo. Sólo en esta segunda acepción se puede entender el Derecho como objeto de la justicia.[15]

De igual modo que el Derecho entendido como ley y entendido como arte derivan de la concepción del Derecho en su sentido objetivo, también el derecho subjetivo derivará de él, pero de forma distinta. Los pri-

---

10. Sobre el concepto y contenido, vid., por ejemplo, DABIN, op. cit., págs. 70 ss.

11. GUZMAN BRITO, A., Presentación a *Estudios en torno...,* cit., pág. 15.

12. Vid. el artículo de FERNANDO N. ARTURO CUEVILLAS, *Luis de Molina: el creador de la idea del derecho como facultad,* en *Revista de Estudios Políticos* 75 (1954), págs. 103-116. Las opiniones que vierte Cuevillas en este artículo han sido sometidas a una dura crítica, entre otros, por A. FOLGADO, op. cit., págs. 66-67. Molina no es el primero en equiparar derecho y facultad y tampoco es creador del derecho subjetivo, como intentaremos desarrollar.

13. Cfr. FOLGADO, op. cit., págs. 51-54.

14. *De Iustitia et Iure opera omnia.* Edición de Venecia de 1614. Las citas de Molina las haremos por la traducción de M. FRAGA del *De iustitia et iure* con el título *Los seis libros de la Justicia y el Derecho del P. Luis de Molina.* Facultad de Derecho, Madrid, 1941-1944. Las páginas que aparecen entre paréntesis corresponden a esta traducción. En el trat. II, disp. 2, 1 (págs. 133-134) expone: "El vocablo Drecho es equívoco. En primer lugar, significa lo mismo que *lo justo,* en los dos sentidos que explicamos en la disputación precedente. De aquí pasó a significar las leyes en que se contiene, ya sean naturales, ya escritas; y también el arte porque lo conocemos... El vocablo Derecho primero se impuso para significar lo justo..., y después fue acomodado a significar las leyes en que se contiene, y el arte y la pericia por medio de la cual se conoce".

15. *Los seis libros de la justicia...,* cit., trat. I, disp. 2,3 (págs. 135-136): "El Derecho, tomado en el sentido de lo justo, puede tener las dos acepciones de esta palabra: una, más lata, en cuanto significa lo mismo que legítimo y conforme con la razón y la ley; otra, más estricta, en cuanto equivale a equitativo, que se opone a lo inicuo (que envuelve injuria); en esta última acepción consiste el término medio, según la naturaleza de la cosa, entre el más y el menos o entre el lucro y el daño... Es, pues, evidente que en la primera acepción el derecho no es el objeto de la justicia, virtud cardinal; no hay duda, en cambio, que lo es el derecho en las segunda acepción". Cfr., a este respecto, SOSA, B., op. cit., págs. 119-122 y 146-158.

meros se llegan a denominar o a entender como derecho por cierta analogía o relación. En cambio el derecho subjetivo deriva materialmente del derecho objetivo, ya sea entendido éste como objeto de la justicia, como la justo, o como ley.[16]

La definición que ofrece del derecho en este sentido subjetivo es la siguiente: "facultad de hacer, obtener, insistir o, en general, actuar de cierto modo sobre alguna cosa, que si se contraviene sin causa legítima, se causa una injuria al investido de dicha facultad".[17] Le resulta difícil a MOLINA establecer lo que es realmente el derecho subjetivo, si es que lo podemos llamar así. Por un lado no dice que es la "facultad" (o potestad), pero cuando trata de explicarlo, establece una relación entre titular del derecho y el objeto sobre el que recae el derecho, y es precisamente esa relación la que él considera como derecho subjetivo.[18]

Para convencernos de que no está en su intención elaborar una doctrina estricta sobre el derecho subjetivo y que lo único que hace es adoptar una terminología consolidada ya en su época, tendremos que destacar una incongruencia con respecto a lo anterior. Efectivamente, hemos visto cómo concibe en primer lugar el Derecho como *lo justo o equitativo* y como ley. De éste derivan las facultades de hacer, obtener, etc..., que deben recaer sobre cosas y objetos concretos, y la relación es lo que denomina propiamente derecho. Si tomáramos literalmente sus manifestaciones resultaría que cabrían derechos sobre los derechos subjetivos. Me explico. Las cosas concretas sobre las que recaen los derechos pueden ser corporales o incorporales. Las primeras son las cosas tangibles. En cuanto a las segundas, "se llaman incorporales los derechos subjetivos porque si bien los derechos, en general, tienen por objeto algo corporal, de suyo son algo que no puede tocarse y que sólo se percibe de un modo intelectual, por lo cual se les llama incorporales" [19] (propone como ejemplo el derecho del heredero). Entendemos que lo que pretende es resaltar el carácter de intangibilidad (sólo se percibe de un modo intelectual, manifiesta) de estos derechos subjetivos, de estas facultades, pero no que esté en su intención la afirmación de la existencia de derechos sobre derechos. Por esto comenta VILLEY que la equiparación entre *ius* y cosas incorporales no responde a la realidad en la doctrina medieval. Es simplemente un modo

---

16. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. I, disp. 2,4 (pág. 136): "De esta primera acepción del Derecho "como lo justo" se derivaron las demás. Asi, el derecho como facultad o potestad que el hombre tiene para alguna cosa: en cuyo sentido se dice que alguien usa de *su derecho*".

17. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1,1 (pág. 189). Sobre el alcance de este definición, vid. FOLGADO, op. cit., págs. 201-202. Manifiesta CUEVILLAS, op. cit., pág. 112, que "así nació este invento moderno en el mundo éticojurídico casi veinte años antes que Suárez lo repitiera en su *De Legibus*".

18. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1, 2 (pág. 192): "Si se nos pregunta qué cosa es el derecho o facultad que venimos explicando, responderemos que no es otra cosa que el hábito o relación de la persona que lo tiene con el objeto a que tiende el derecho o facultad". Cfr. FOLGADO, op. cit., p. 231; sobre el derecho como facultad en Molina, cfr. SOSA, op. cit., págs. 228-238.

19. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 2, 4 (pág. 199).

de hablar o de decir que utilizaron ya los juristas romanos y que fue seguido por sus comentadores y la doctrina bajomedieval.[20]

Esta falta de intencionalidad en establecer concretamente lo que sea el derecho subjetivo es lo que le lleva a utilizar indistintamente los términos facultad, derecho, dominio, poder o potestad en algunas ocasiones. Pero si leemos detenidamente su obra nos daremos cuenta de que no todos tienen idéntico significado.

Poder, potestad y facultad quedan equiparados por el jesuita, y así lo expone, por ejemplo, cuando se refiere al dominio de jurisdicción del rey, al que el pueblo le concede su poder y facultades (sin distinción) para conseguir el bien común.[21]

En cambio la identificación entre derecho y facultad no aparece tan clara. En ocasiones establece la identificación: "si se nos pregunta qué cosa es el derecho o facultad que venimos explicando";[22] cuando se refiere a la controversia de la pobreza franciscana expone: "tienen, por tanto, una facultad o derecho a usarlas";[23] en relación al domino se pregunta si es "algo anterior a la facultad o derecho de disponer";[24] etcétera. Pero sería un error entender que tal identificación se produce siempre en la doctrina molinista. En absoluto. La única facultad equiparada al derecho será aquella que esté legitimada por alguna razón, de modo que si no es respetada se causa una injuria a su titular.[25] Se podría decir que Molina concibe unas facultades de hecho, no garantizadas jurídicamente y sin sustento jurídico, y unas facultades de derecho a las que no se puede atacar, sin causa legítima, por constituir ellas mismas un derecho.[26] Lo mismo se podría decir del término "poder".

La equiparación que pueda realizar, por tanto, entre dominio y facultad proviene de la naturaleza jurídica del dominio. Si éste constituye un derecho legítimo quedaría identificado con facultad y como tal se le podría definir. De este modo, decir dominio es lo mismo que decir "facultad de usar conforme a la propia voluntad" sin más límites que los que

---

20. *Cfr.* VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., págs. 36-39 y *Las Instituciones de Gayo...*, cit., págs. 85-95. la cosa, entre el más y el menos o entre el lucro y el daño... Es, pues, evidente que en la primera acepción el Derecho no es el objeto de la justicia, virtud cardinal; no hay duda, en cambio, que lo es el Derecho en la segunda acepción". Cfr., a este respecto, SOSA, B., op. cit., págs. 119-122 y 146-158.

21. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 25, 1 (pág. 397).

22. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1, 2 (pág. 192).

23. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 6, 4 (pág. 235).

24. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 3, 5 (pág. 210).

25. "Esta última parte de la definición excluye del concepto de derecho todas las facultades que pueden ser contravenidas con cualquier motivo, y sin que se cause injuria a sus titulares". *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1, 2 (pág. 191).

26. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1, 1 (pág. 189), trat. II, disp. 1, 2 (pág. 190), trat. II, disp. 18, 2 (pág. 332) etc. Cfr. FOLGADO, op. cit., págs. 227-230.

marquen la naturaleza y las leyes.[27] Pero para que esto se pueda producir es necesario que primero exista el dominio, y después existirá la facultad, siendo ésta efecto de aquel.[28]

Estos derechos o facultades, llamados subjetivos, necesitan para su existencia una razón objetiva y externa al individuo que los haga nacer. Unas veces será la naturaleza de las cosas[29] y en otras ocasiones serán facultades obtenidas conforme a las disposiciones legales.[30] Si no se cumplen los requisitos, no puede nacer el derecho. Así, en el caso de la propiedad, por ejemplo, no basta con que exista la cosa, el título y la aptitud para la transmisión, sino que se necesita, porque así lo exige la ley, la tradición.[31] Es de advertir que MOLINA engloba dentro de su derecho subjetivo tanto los derechos reales como los personales: "el derecho subjetivo se divide en derecho real y derecho a una cosa...".[32] Más adelante habrá autores, como es el caso de HUBER, que recriminen la inclusión de la propiedad o *ius in re* en el concepto de derecho subjetivo, aunque no a MOLINA, sino a GROCIO y FELTMANN.[33]

Sin pretender exponer una lista completa de los derechos subjetivos o facultades que MOLINA recoge como derechos, podemos enunciar los siguientes, todos en el Tratado II: en la disposición 1, 2 recoge las de usar lo que nos pertenece, comer la propia comida, ponernos nuestros vestidos, coger la fruta de nuestros árboles, pasear en el interior de nues-

---

27. "Para que exista el dominio es suficiente la facultad de usar conforme a la propia voluntad, pero del modo que exige la naturaleza y no esté prohibido por las leyes divinas y humanas". *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 18, 13 (pág. 336).

28. "Es mucho más correcto decir que Pedro es el dueño de tal cosa, y por tanto tiene el poder de disponer de ella a su gusto, que no decir que por tener la facultad dicha de disponer perfectamente, es el dueño de la cosa... Luego el poder o el hecho de disponer perfectamente de la cosa es un efecto del dominio". *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 3, 5 (págs. 210-211).

29. De este modo incluso en los dementes y menores se da una verdadera facultad o derecho de dominio, aunque no tengan la facultad de uso. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 18, 3 (Pág. 333) y trat. II, disp. 27, 4 (pág. 408).

30. Se refiere tanto al derecho de gentes como al derecho civil. Así, en todo lo que se refiere al derecho de propiedad (división, apropiación, transmisión y pérdida) habrá que ajustarse a lo establecido en el derecho civil. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 20, 11 (pág. 357) y disp. 25, 1 (pág. 398). Cfr. SOSA, op. cit., págs. 236-237.

31. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 2, 3 (págs. 197-198): "Para que quede más clara esta distinción entre el *"ius in re"* o el derecho real y el *"ius ad rem"* o derecho a la cosa, diremos que para adquirir el dominio y, por tanto, un derecho real, no es suficiente que exista la cosa, como es evidente; ni que tengamos un título apto para la transmisión del dominio, como una compraventa legítima, o una donación o algo semejante, sino que es necesario también que la cosa nos sea transmitida por alguna clase de tradición"; cfr. también la disp. 4, 1 (pág. 226).

32. Continúa explicando qué entiende por uno y otro: "creo que el derecho real no puede definirse mejor que de este modo: es el derecho sobre una cosa cualquiera, al cual está esta cosa absolutamente sometida".

En cambio, el derecho a una cosa es todo derecho sobre una cosa cualquiera, al cual no queda ésta sometida de un modo directo". *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 2, 1.2 (págs. 195-196).

33. Cfr. VILLEY, M., *Los orígenes de la noción...*, cit., págs. 28-29.

tra casa o en la vía pública;[34] en el mismo lugar recoge, también, cobrar lo que se nos debe, insistir y persistir en la posesión de lo nues-tro, recibir donaciones y legados, etc.; en la disposición 2, 5-9 después de sostener que los derechos subjetivos son cosas incorporales,[35] mantiene que pertenecen a este género el usufructo,[36] el uso,[37] las servidumbres y los derechos que nacen de cualquier obligación;[38] etcétera.[39]

Podemos pensar que MOLINA considera extensibles todas estas facultades o derechos a todo el género humano, salvo lo que puedan establecer las leyes en cuanto a los individuos que carezcan de libre voluntad o razón, como es el caso de los menores y dementes. Pero no es motivo para denegarles estos derechos el hecho, por ejemplo, de ser infiel. Así lo expone cuando se refiere al dominio: "por lo tanto, tanto el dominio de jurisdicción como el de propiedad son comunes a todo el género humano, y su fundamento no es la fe ni la caridad, sino que nacen mediata o inmediatamente de la misma naturaleza de las cosas".[40]

Después de todo lo dicho, bien podría pensarse en Molina como uno de los fundamentadores del derecho subjetivo en el sentido moderno del término.[41] Como decía más arriba, no parece ser ésta la intención del conquense. Es cierto que utiliza esta terminología, pero no con el mismo contenido y características que le atribuirán más tarde al derecho subjetivo, y que corresponden más bien a las doctrinas del siglo XVII.

---

34. "La facultad de que aquí hablamos es la de que cada uno tiene por la misma naturaleza de las cosas, para usar de lo que pertenece, para comer su propia comida, para ponerse sus vestidos, para coger la fruta de sus árboles, para pasear en el interior de su casa o en la vía pública; todas estas facultades que hemos dicho son derechos". *Los seis libros de la justicia...*,cit., trat. II, disp. 1, 2 (pág. 190). En realidad está aludiendo a las facultades derivadas del dominio, que recoge más explícitamente en el trat. II, disp. 3, 2 (pág. 206) y que se puede resumir en disponer de lo nuestro "de cualquier manera y por la propia autoridad, ya para la propia utilidad, ya para la ajena, ya consumiendo o enajenando la cosa, ya reservándola". Esto sólo es válido para el dominio pleno. El concepto de dominio como facultad lo expone en el trat. II, disp. 3, 1 (pág. 206). Cfr. también la disp. 3, 13-16 (págs. 214-218).

35. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 2, 4 (pág. 199).

36. Definido como el derecho a disfrutar el bien de otro, con la facultad de adquirir los frutos que produzca. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 7, 1-2 (pág. 240).

37. Definido como el derecho a usar la cosa de otra, pero exclusivamente usar. "El uso... es el derecho que sólo se extiende a usar una cosa ajena, salvada su sustancia. A usar precisamente en cuanto es lícito al que disfruta de este derecho". *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 5, 1 (págs. 227-228).

38. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 2, 5-9 (págs. 200-204).

39. En otros lugares habla de facultades otorgadas por el derecho de gentes, como puede ser la facultad de ocupar y hacer propio lo que no era de nadie (cfr. trat. I., disp. 5, 4 –pág. 153– y trat. II, disp. 20, 10 –págs. 356 y 357–), o también otorgadas por el derecho natural, como puede ser el tomar agua de una fuente pública o el pasear por las calles (cfr. trat. II, disp. 20,6 –pág. 352–).

40. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 27, 4 (pág. 408). En cuanto a la imposiblidad de disfrutar del dominio por los que carecen de "libre albedrío", cfr. trat. II, disp. 18, 2-3 (págs. 332-333).

41. Así lo cree Cuevillas, op. cit., pág. 115, al decir que "Molina, con respecto a la noción misma de derecho, rompió con la tradición tomista y dio pie para que otros fundamentaran en su concepto el sistema jurídica individualista y voluntarista del siglo XIX y, a veces, materialista del presente". Nada más lejos de la realidad, como demuestran Villey, Folgado, Carpintero y Sosa entre otros.

Para explicar esto último pienso que bastaría con aludir al nacimiento y mantenimiento de estos derechos en la doctrina del jesuita. El derecho siempre nace de la relación, como explicitábamos al principio, entre el sujeto y el objeto, pero no es una cualidad del sujeto como mantendrán los modernos más adelante. Para su nacimiento se necesitan, además de esta relación, unos requisitos determinados, exigidos por la naturaleza de las cosas o por las leyes; por tanto, se exige una situación concreta rodeada de circunstancias concretas. Una vez adquirido el derecho, éste no permanecerá como una facultad absoluta frente a los demás como pensaban los modernos; si existe una causa legítima, podrá sufrir agresiones por parte de otros individuos sin que ello suponga una injuria[42] y sin que deje de ser derecho: "si se contraviene sin legítima causa, se causa un injuria al titular. Porque la contravención de una facultad cualquiera con causa legítima que tenga alguno de los predichos, según la misma naturaleza de las cosas, ni impide que tal facultad considerada en sí misma sea un derecho, ni es una injuria para el titular de ésta".[43] Por esta razón, una vez introducida la propiedad, el propietario podrá prohibir al resto el uso de las cosas propias, puesto que son el objeto de su derecho de propiedad; pero este derecho no es absoluto y no podrá impedir ese uso en el caso de extrema necesidad de otro individuo[44] o si lo requiere el bien común.

3. Similar a MOLINA, al que cita en repetidas ocasiones, es el caso de Leonardo Lessius. Este escolástico, que escribe en el primer cuarto del siglo XVII, aporta pocas ideas nuevas con respecto a MOLINA.

Lessius reconoce en el término *jus* tres acepciones: como *lo justo,* como ley y como potestad legítima. A pesar de que atribuye una gran importancia a esta última acepción para explicar la razón de la justicia,[45] lo cierto es que a lo largo de su obra no se aprecia tal importancia. A ella le dedica unas primeras páginas, junto a las otras dos acepciones, para explicar en qué consiste y después prácticamente se olvida de ella.

En su acepción objetiva, *jus* significa *lo equitativo* y debido a otro, en especial, y *lo legítimo,* lo establecido en la ley, en general.[46] La ley, por su

---

42. "Por lo cual, el derecho en esta acepción es como la medida de la injuria: en cuanto se contraviene y perjudica el derecho sin legítima causa, en tanto se comete injuria". *Los seis libros de la justicia...,* cit., trat. II, disp. 1, 1 (pág. 189).

43. *Los seis libros de la justicia...,* cit., trat. II, disp. 1, 2 (pág. 190).

44. Cfr. *Los seis libros de la justicia...,* cit., trat. II, disp. 4, 8 (pág. 148).

45. *De iustitia, aliisque virtutibus morum, libri quatuor.* Lugduni, 1630, 1. 2, c. 2, d. 1, 7: "Ex his patet, hanc Iuris acceptionem maxime servier nostro proposito, quia tota Iustitiae ratio ex ea oritur, nam ipsa ratio debiti et oligationis nostrae ex ea pendet".

46. "Dico primo, si jus accipiatur pro justo in genere, est formaliter obiectum obedientiae".
Probatur, quia sic idem est quod legitimum, seu legestatutum: atqui hoc est obiectum formale obedientiae, quae ideo vult et facit quia est praeceptum.
Dixi formaliter, quia si legitimum accipiatur materiliter, pro eo quod est lege statutum, est obiectum omnis virtutis: quia lex in omni materia virtutis aliquid statuit...
Dico secundo. Si jus accipiatur pro justo speciali, quod est aequale, debitum alteri: sic est obiectum formales iustitiae particularis. Probatur, quia is peculiari ratione dicitur Iustus, qui hanc aequalitatem debitam amat, intendit et servat". *De iustitia...,* cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 4-5.

parte, es la regla de la justicia, y para que ésta sea verdadera virtud debe ajustarse a ella.[47] Entendido el Derecho en este sentido, se pude dividir en natural y positivo, que a su vez se divide en divino (viejo y nuevo) y humano, que comprende el derecho de gentes, el canónico y el civil.[48] Mientras que el derecho natural tiene su origen en la naturaleza de las cosas, el positivo lo tiene en la voluntad, sea divina o humana, que no puede perder de vista las circunstancias concretas.[49]

Entendido como potestad legítima o derecho subjetivo se podría definir como la *"potestas legitima ad rem aliquam obtinendam, vel ad aliquam functionem, vel quasi functionem; cuius violatio iniuriam constituit"*.[50] Al igual que la ley, no es el objeto de la justicia, sino que deriva del derecho objetivo o derecho que constituye propiamiente el objeto de justicia,[51] que puede estar recogido o no en las leyes. La innovación de Lessius es que ya no habla de *potestas seu facultas aliquid faciendi, sino de potestas ad,* como hace notar Folgado. Pero hay que advertir también que en ningún momento pierde de vista las relaciones sujeto-objeto y sujeto-terceros al mismo tiempo, que impiden concebir esa potestad como algo absoluto y dependiente exclusivamente de su titular.[52]

Con el término potestad lo que se quiere decir es que "alguien puede". Es decir, es equiparable a poder, ya sea activa o pasivamente, ya sea de hacer o retener.[53] Pero este poder no es un poder meramente físico, como poder caminar, poder beber, etc., sino que es un poder moral, un poder que tiene un respaldo en un decisión legítima de Dios o de los hombres,[54] de modo que si fuera meramente físico quedaría equiparado a "simple fuerza" y podría constituir una injuria hacia los que sufren su ejercicio. Las facultades que no han sido concebidas por la ley no constituyen derechos, sino injurias.[55] Esto es similar a lo que decíamos de MOLINA sobre la distinción de facultades de hecho y facultades de derecho.

Por esta razón apostilla LESSIUS que la potestad tiene que ser *legítima,* esto es, derivar de una ley, ya sea ésta divino positiva (como el recibir un

47. "Jus secundo modo, scilicet pro lege, non est obiectum, sed reula Iustitiae et caeterarum virtutum. Ratio est, quia virtutes in suis functionibus ebent dirigi secundum praeceptum legum: nisi enim legibus sint conformes, non erunt studiosae nec laudabiles". *De iustitia...,* cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 6.

48. Cfr. *De iustitia...,* cit., lib. 2, cap. 2, dub. 2, 9.

49. Cfr. *ibidem.*

50. *De Iustitia...,* cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 1.

51. "Jus pro potestate legitima, non est obiectum, quod Iustitia intendit: est tamen aliquid unde obiectum Iustitiae quodammodo pendet, et ad quo intrinsecum ordinem habet, quod formale obiectum cui dici potest". *De iustitia...,* cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 7.

52. Cfr. FOLGADO, op. cit., pág. 244.

53. Cfr. *De iustitia...,* cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 2.

54. "Hinc sequitur hanc potestatem non esse quid physicum, sed morale dumtaxat, competens homini ex aliqua Dei vel hominum ordinatione, vel deputatione, vel concessione: sicut esse magistrum, doctorem, regem, militem". *De iustitia...,* cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 3.

55. Cfr. *ibidem.*

sacramento), natural (como la potestad de sustentación o de repeler la fuerza con la fuerza) o humana (como la de usucapir, prescribir, adquirir, poseer y retener algún objeto por contrato).[56]

Además de por su origen o por la ley que la origina, Lessius entiende dos tipos de potestades, como ya lo hiciera MOLINA, según constituya un derecho sobre la cosa o un derecho a la cosa.[57] La potestad o *ius ad rem* no concede una acción sobre la cosa misma, sino sobre las personas que puedan tener relación con la cosa, y nace de una estipulación, donación, venta o cualquier otro contrato, antes de que se produzca la tradición.[58] En cambio el *ius in re* hace recaer la potestad sobre la cosa misma, ya que la cosa ha sido entregada –y está en poder del titular del derecho por una venta u otro contrato.[59]

Las similitudes con la doctrina de MOLINA se producen de forma continua. Los derechos serán considerados como cosas incorporales;[60] el dominio es considerado como una facultad, pero propiamente no son del todo equiparables, sino que ésta sigue a aquel;[61] todas las potestades deben tener una causa legítima externa al individuo;[62] etc.

Al hablar de la posibilidad de renunciar a los derechos por parte de su titular, distingue entre derechos renunciables y derechos irrenunciables. Entre los primeros destaca el derecho a la propia fama, al honor y a los bienes externos que nos pertenecen. Entre los segundos se cuentan el derecho a la vida, a la integridad, sobre el cónyuge, sobre los hijos, etc. La razón por la que establece esta diferencia es que mientras que de los primeros el hombre es verdaderamente titular como *dominus,* en cambio de los segundos es solamente administrador o custodio, por lo tanto si los cede o renuncia a ellos, tal cesión es absolu-

---

56. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 2-3. Más adelante expone de forma expres que "Si Ius accipiatur tertio modo, scilicet pro potestate legitima, dividi potest, Primo ex parte principij, nempe secundum divisionem legum quibus oritur. Unde aliud est naturale, quod lege vel concessu naturae competit; aliud positivum, quod lege positiva, vel concessione libera Dei vel hominum competit: et sic deinceps in aliis membris". *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 2, 10.

57. *Ibidem:* "Secundo, dividi potest exparte termini quem respicit, et sic dividitur in ius ad rem, et jus in re".

58. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 2, 11.

59. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 2, 12.

60. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2. cap. 3, dub. 2, 8 y dub. 9, 40; a título de ejemplo cita el censo, el beneficio, la servidumbre, etc. No sin razón dice Folgado que Lessius resume bien el pensamiento de los teólogos españoles (op. cit., pág. 190).

61. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 3, dub. 2, 11.

62. Uno de los supuestos en el que se aprecia con mayor claridad es el de la potestad del siervo para huir. Si este derecho o facultad fuera una cualidad de la persona con independencia de su entorno y circunstancias concretas, cualquier siervo, por el hecho de serlo, gozaría de la facultad de huir. En cambio, cuando Lessius trata este tama la reconoce en unas ocasiones y en otras no, dependiendo de las circunstancias, no del hecho de ser siervo. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 5, dub. 5, 18-27.

tamente inválida.[63] Pero en ningún momento argumenta para fundamentar su irrenunciabilidad en una concepción de estos derechos como cualidades morales de las personas, como se hará más adelante.

4. Suárez representa el ocaso de los grandes escolásticos españoles; es el último de los teólogo-juristas españoles que ejercerá una notable influencia en el pensamiento jurídico posterior.

Aunque se pensamiento es de corte clásico, no pueden pasar por alto algunas coincidencias con el pensamiento moderno. La interpretación que hace de los textos de TOMAS DE AQUINO se alejan en ocasiones de las de otros escolásticos, tendiendo un puente con las ideas jurídicas modernas.

Para el jesuita el derecho puede tener tres acepciones: como objeto de la justicia, como derecho subjetivo o facultad moral, y como derecho objetivo o legal.

Contrariamente a la mayoría de sus antecesores, la acepción de derecho a la que menos valor dará es la que lo concibe como el objeto de la justicia, como lo justo y equitativo[64], que había conseguido gran fuerza con la línea de pensamiento aristotélico-tomista.[65]

En el mayor número de ocasiones, cuando habla de *ius* lo entiende como ley o como una "propiedad o una a manera de propiedad de alguna cosa".[66] Este derecho entendido como facultad, poder o, en definitiva, derecho subjetivo será, a juicio de SUAREZ, el objeto propio de la justicia en la doctrina aquinatense. Así, nos dice SUAREZ que "Derecho significa el poder moral para adquirir una cosa o para poseerla, ya se trate de una verdadera propiedad ya de alguna participación en ella: este es el objeto propio de la justicia, según santo TOMAS".[67]

---

63. *De iustitia...,* cit., lib. 2, cap. 7, dub. 3, 13: "Adverte tamen, quosdam Doctores hanc regulam et ea quae dicta sunt, limitare ad ea, in quibus iure nostro cedere possumis; ut in fama, honore, et aliis bonis externis, quorum sumus domini. In his enim scienti et volenti non fieri iniuriam: quia cum haec subsint nostrae dispositioni, hoc ipso, quo volumus his spoliari, iure nostro nos privamus, et illud in alterius collocamus arbitrio; seus esse in aliis, quorum non sumus domini, sed custodes dumtasat: ut in vita, et mombrorum integritate, in coniege, in prolibus, et similibus, in quibus iure nostro cedere non possumis... Ratio est, quia cum cessio Iuris sit invalida, totum Irus permanet in suo vigore".

64. Cfr. *De legibus,* lib. I, cap. II, n. 3 (ed. bilingüe de José Ramón Eguillor con el título *Tratado de las leyes y de Dios Legislador.* I.E.P., Madrid, 1967-68).

65. Cfr. HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural.* Eunsa, Pamplona, 1987, p. 236.

66. *De legibus,* lib. II, cap. XIV, n. 16. Más adelante hace otras referencias a la única distinción entre derecho legal y derecho como facultad, entre las que destaca, por su claridad, la contenida en el Lib. VII, cap. I, n. 9 y que reproducimos a continuación: "Para entender esto, quiero observar -como ya lo observé al principio de este tratado- que el término derecho puede tener dos sentidos: uno, la facultad de usar, que es un derecho o a manera de derecho de propiedad, pues puede llevar consigo el derecho sobre una cosa propia o a hacer propia una cosa, y en general puede llamarse derecho de propiedad, y así, en rigor, pertenece al terreno de los hechos; y otro, la fuerza para obligar o imperar y puede llamarse derecho de ley o legal". Suárez llama al derecho como facultad también derecho útil o real; al legal también lo denomina derecho honesto, por constituir normas del bien obrar (cfr. *De legibus,* lib. II, cap. XVII, n. 2).

67. *De legibus,* lib. II, cap. XVII, n. 2.

A esta facultad moral va unida una obligación en todos los demás individuos, que deben respetarla. De este modo, la posibilidad de un individuo de ocupar un emplazamiento, de edificar, de cercar un trozo de tierra, de hacer esclavos o dejarlos en libertad, etc., se ve correspondida por la obligación del resto de la comunidad de permitir el ejercicio de tales facultades sin poner obstáculos.[68] Comenta FOLGADO que el adjetivo *"moralis"* que contiene la definición suareciana es típica de este autor. Los escolásticos anteriores habían hecho referencia a esta característica –no bastaba con un poder físico, sino moral–, pero no la habían introducido en su definición. Pero debe quedar claro que este adjetivo no implica en Suárez el individualismo típico de la modernidad.[69]

Por otra parte, el derecho legal está constituido por las normas del bien obrar,[70] establece cierta igualdad en las cosas y es la razón del derecho entendido como facultad. Supone, como hemos visto en MOLINA y en Lessius, que toda facultad debe estar otorgada –para ser legítima– en una norma legal, con independencia de su naturaleza.[71]

Tanto entendido en uno como en otro sentido, ambos pueden pertenecer al derecho natural, al derecho de gentes o al derecho civil; así, nos encontraremos con leyes que pertenecen al derecho natural, otras que corresponden al derecho de gentes y otras que constituyen el derecho civil de un determinado Estado.[72] La facultad moral corresponderá a uno u otro derecho según la naturaleza de la ley que la otorgue.[73]

Como exponíamos más arriba, al explicar los significados de *ius,* manifiesta SUAREZ que unas veces significa ley y "otras veces propiedad o una a manera de propiedad de alguna cosa o acción judicial para poder usar de ella",[74] o bien "el poder moral para adquirir una cosa o para poseerla, ya se trate de una verdadera propiedad ya de alguna participación de ella".[75] A este segunda acepción de *ius* la denomina derecho útil o derecho real en contraposición al derecho legal u honesto. Como dice VILLEY, SUAREZ combina la definición tomista de *ius* con la moderna (como facultad) y ésta última le parece más correcta.[76]

---

68. *De legibus,* lib. II, cap. XVIII, nn. 4-5.

69. Cfr. FOLGADO, op. cit., págs. 217-222.

70. *De legibus,* lib. II, cap. XVII, n. 2; a este derecho le es propia la fuerza para obligar e imperar, como nos dice en lib. VII, cap. I, n. 9. Para una visión más amplia del Derecho en Suárez, vid. MACIÀ MANSO, R., *Cambios sociales y Derecho en F. Suárez,* en *Problemas de la Ciencia Jurídica. Estudios en Homenaje al Prof. F. PUY MUÑOZ.* Universidad de Santiago de Compostela, 1991, tomo II, págs. 9-26.

71. Cfr. FOLGADO, op. cit., pág. 223.

72. *De legibus,* lib. II, cap. XVII, n. 2.

73. *De legibus,* lib. II, cap. XVIII, n. 2.

74. *De legibus,* lib. II, cap. XIV, n. 16.

75. *De legibus,* lib. II, cap. XVII, n. 2. Incluye tanto el *ius ad rem* como el *ius in re.* En el mismo sentido, cfr. lib. VII, cap. I, n. 9.

76. Cfr. VILLEY, *Los orígenes de la noción...,* cit., págs. 48 y 55. En el mismo sentido Folgado, op. cit., págs. 205-207.

Esta facultad o poder moral necesita de un fundamento para existir. Como dice Suárez al referirse al dominio, "el derecho de propiedad únicamente es materia de otro derecho preceptivo, y consiste –por decirlo así– en un hecho o en una determinada cualidad o relación de las cosas".[77] La propiedad es simplemente "algo moral dependiente de la voluntad del que la tiene" [78] para su ejercicio o renuncia, pero que anteriormente ha debido ser reconocida por una norma positiva. Es decir, no es derecho dispositivo, sino dispuesto. Debe ser el derecho natural, el derecho de gentes o el derecho civil positivos los que establezcan ese derecho de propiedad;[79] después, será el individuo el que libremente decida tener o no algo en propiedad. Así, por ejemplo, en el caso de la prescripción, es el derecho civil el que dispone la posibilidad de adquirir en unas determinadas circunstancias. El derecho adquirido mediante la prescripción no tendría existencia sin esa norma anterior, sin ese derecho civil dispositivo.[80]

Esto significa que el derecho de propiedad –como cualquier otro derecho o facultad– no puede ser entendido como un derecho absoluto. Tendrá sus límites, que estarán marcadas por el bien común. Así, el Estado "tiene legítimo poder sobre todas las personas particulares y sobre sus bienes en todo lo necesario para el buen gobierno".[81] El individuo puede perder una propiedad legítimamente adquirida si así lo requiere el buen gobierno del Estado. Pero para ello exige una causa justa. El Estado no puede privar a sus súbditos caprichosamente de sus bienes, pero siempre que exista una causa objetiva que lo haga necesario, podrá incautarlos.[82] SUAREZ exige que sea una causa legítima, referida al bien común y moralmente necesaria.[83]

---

77. *De legibus,* lib. II, cap. XIV, n. 18.

78. *De legibus,* lib. VIII, cap. XXXIII, n. 12. En su lib. I equipara el ejercicio de un derecho de propiedad con la creación de una ley, como actos de poder, y matiza que "todo ejercicio es un acto de la voluntad, pero sobre todo el ejercicio del derecho de propiedad, que es libre" (cfr. lib. I, cap. V, n. 15).

79. Nos vamos a referir especialmente al derecho de propiedad, dado que algunos autores, como es el caso de Dabin (op. cit., pág. 109), dan por supuesto que Suárez concibe este derecho como un derecho subjetivo.

80. *De legibus,* lib. VII, cap. I, n. 9: "Pues bien, el uso de una persona particular puede dar el derecho sobre una cosa propia o la propiedad de una cosa, o el derecho de esclavitud y cosas así, como sucede en la prescripción; pero ese derecho no tiene fuerza de ley, y por eso se dice muy bien que no es un derecho dispositivo porque no manda ni ordena, sino que más bien es un derecho dispuesto, por adquirirse conforme a las disposiciones del derecho".

81. *De legibus,* lib. II, cap. XIV, n. 18. En este sentido, Suárez confiere al gobernante el poder de castigar con la pena de muerte o la privación de los bienes (cfr. lib. I, cap. XIV, n. 4), pero para su materialización requiere su contemplación en una norma y sentencia declaratoria firme (cfr. lib. V, cap. VIII, nn. 2, 3, 6 y 25).

82. "El legislador humano de este manera puede –por una causa justa– producir por sí mismo y a su voluntad tal privación y –por una causa semejante– obligar a semejantes acciones u omisiones, de la misma manera que, cuando conviene, inhabilita a una persona para el matrimonio o prohibe votar o se incauta de los bienes necesarios al estado" (*De legibus,,* lib. V, cap. VIII, n. 9).

83. Cfr. *De legibus,* lib. VIII, cap. XXXVII, n. 9.

De lo expuesto hasta el momento sobre la propiedad –y que es extensible a otros derechos–, podemos concluir que la facultad y los modos de adquirir deben ser establecidos por la ley. En el caso de la prescripción esto es claro: "es preciso que el modo de adquirir lo prescriba la ley y que, una vez realizada la adquisición, se conserve firme e incólume".[84] Del mismo modo, será la ley la que determine los modos de perderla, de modo que ni siquiera el derecho natural tiene fuerza suficiente para hacer perder la propiedad.[85] Para mayor seguridad de la sociedad será conveniente que la ley determine los modos de adquirir y perder la propiedad. Una vez establecidos (bien por el derecho civil o por el derecho de gentes) serán respaldados por el derecho natural, siempre que se adecuen a la justicia natural, teniendo en cuenta las circunstancias de cada tiempo, lugar, etc. Solamente en el abandono de la cosa propia no parece necesario ley alguna; al entender la propiedad como "algo moral dependiente de la voluntad del que la tiene y no de otro", basta con que cese la voluntad para que pueda cesar también la propiedad.[86]

En este sentido, nos dice Suárez que "una cosa que se tiene por abandonada, al punto deja de ser nuestra aún antes de que otro la adquiera y posea, y eso aunque la cosa abandonada sea al punto ocupable".[87] El abandono supone el cese en la posesión de la cosa, y cuando ese cese va precedido de una voluntad suficiente de abandonar la propiedad concreta, ésta se pierde y resulta un bien abandonado.[88]

A la hora de tratar la adquisición por ocupación, duda en catalogar este modo como natural o como institución humana. Al aludir a los ejemplos de derecho de gentes expuestos por S. Isidoro podemos leer en SUAREZ que "el primer ejemplo es la *ocupación de emplazamiento,* la cual es tan lícita a cualquiera por derecho de gentes o –más bien– natural, que ninguno puede justamente impedir a otro que ocupe un emplazamiento que no ha sido antes ocupado por otro".[89] Un poco más adelante no duda en afirmar que la ocupación, o el derecho a la ocupación de un emplazamiento es natural y, por tanto, su licitud proviene del derecho natural. Pertenece al derecho natural *concesivo.* Este confiere al individuo la facul-

---

84. *De legibus,* lib. I, cap. XVIII, n. 11.

85. En este sentido nos dice Suárez que "el derecho natural como tal sólo parece tener virtud para mandar, pero no v. gr. para quitar la propiedad o para hacer algo semejante" (*De legibus,* lib. II, cap. XII, n. 2).

86. *De legibus,*lib. VIII, cap. XXXIII, n. 12: "una voluntad así basta para desposeerse de la propiedad de una cosa, pues aunque no basta para traspasar la propiedad a otro, sí parece bastar –al menos por la naturaleza de la cosa– para dejar la propiedad propia, porque la propiedad es algo moral dependiente de la voluntad del que la tiene y no de otro cuando no es imposible que la cosa quede sin ningún verdadero dueño humano".

87. *De legibus,* lib. VIII, cap. XXXIV, n. 9. En el n. 10 expone la necesidad de distinguir entre el abandono y el no uso. Este último no hace perder la propiedad.

88. Loc. cit., n. 11.

89. *De legibus,* lib. II, cap. XVIII, n. 4.

tad de adquirir lo que aún no es de nadie; pero al mismo tiempo establece el derecho natural la obligación del resto de la comunidad de respetar esa nueva propiedad.[90]

Suárez aclara en qué sentido se puede entender la ocupación como institución de derecho de gentes. Es un modo natural de adquirir –y por lo tanto una facultad moral natural–, pero el legislador puede establecer la forma concreta de llevarlo a cabo, y sólo en este sentido se la puede entender com institución humana.[91] Es decir, el principio natural sería que el primero en ocupar algo que no es de nadie lo hace suyo. Pero el derecho de gentes puede establecer, sin ir en contra de este principio, garantías y límites para salvaguardar el bien común.

Este podría ser el caso de la prescripción o usucapión. La diferencia con la anterior es que la ocupación hace referencia a un bien que siempre ha carecido de dueño. En cambio la prescripción se refiere a bienes que con anterioridad han estado sometidos al derecho de propiedad, pero que por una serie de circunstancias –entre las que se encuentra una nueva ocupación– han pasado a tener un nuevo propietario.

La prescripción no es más que uno de los efectos de la ley[92] dada por el soberano. Si no existe esa ley, no se puede adquirir o perder la propiedad mediante prescripción, pues "es preciso que el modo de adquirir lo prescriba la ley".[93] En este sentido es muy preciso al decir que la "prescripción no tiene su origen solamente en la naturaleza de la cosa, pues ninguna prescripción procede de la sola ley natural, según doy por supuesto como cosa conocida".[94] Es necesaria una sanción legal del soberano. Este tiene la facultad de transmitir las propiedades fundamentada en el poder de administración de los bienes de su Estado[95] y hace uso de ella

---

90. Cfr. loc. cit., n. 7.

91. Cfr. *De legibus,* lib. II, cap. XX, n. 10.

92. En *De legibus,* lib. I, cap. XVII, n. 1 mantiene que "el cuarto efecto (de la ley) es traspasar la propiedad de las cosas"; y en el n. 11 expone: "el cuarto efecto era traspasar la propiedad de las cosas, como sucede con la ley de la prescripción, etc. Acerca de ésta puede decirse que este efecto se reduce al precepto, pues la ley manda que éste y no aquél sea el dueño, y el modo como manda es haciendo, porque, de no ser así, no podría mandar eficazmente.

Pero puede añadirse que es probable que este efecto y otros semejantes –aunque los confirmen las leyes y por eso suelan realizarse por medio de leyes– formalmente no los realizan las leyes en cuanto leyes, porque el quitar o dar lo propiedad no es mandar sino –como quien dice– dar u obrar".

93. Cfr. *Ibidem.* En *De legibus,* lib. II, cap. XIV, n. 19 podemos leer que "las leyes civiles, por una causa justa, puede cambiar o traspasar el derecho de propiedad"; en el lib. V, cap. V, n. 14 expone: "de la misma manera podría uno decir que la ley priva de toda propiedad del dinero y del derecho a él y que lo traspaso a otro, y que de ahí se sigue la obligación de no retener una cosa ajena sino de entregarla a su verdadero dueño, lo mismo que en la prescripción la ley priva al primer dueño de todo el derecho que tenía a poseer la cosa o reclamarla".

94. *De legibus,* lib. VIII, cap. XXXIV, n. 10.

95. "El príncipe o el estado no sólo tiene el propiamente dicho poder de jurisdicción para mandar y castigar, sino también el poder de supremo dispensador y administrador de los bienes del estado. Pues bien, la ley con sus efectos propios procede del poder de jurisdicción, en cambio, el transferir la propiedad o impedirla y cosas semejantes pertenecen a la administración de los bienes y al poder de alto dominio que decimos tiene el estado. Este es el poder de que formalmente hace uso el príncipe cuando determina que por prescripción uno adquiera la propiedad y otro la pierda" ( *De legibus,* lib. I, cap. XVII, n. 11).

a través del derecho civil.[96] Una vez que el soberano establece la prescripción, es el derecho natural el que obliga a respetar esas adquisiciones. De este modo nos dice que "en la prescripción interviene la ley humana que traspasa la propiedad de una cosa de un dueño a otro; y sin embargo, la obligación que nace de ahí de no usurparle al otro la cosa que ha prescrito en su favor, es natural, y violarla sería robo".[97] Se plantea si no supone realmente, la prescripción, una modificación del principio de la ley natural de no quitar lo ajeno.[98] Para él, claramente, no se produce tal modificación. Simplemente nos encontramos ente un cambio de materia: la ley, por una razón extrínseca, realiza el cambio de propietario, por lo que no se produce robo alguno.[99]

Otro derecho sobre el que SUAREZ se manifiesta con amplitud es el de la libertad. No haremos un estudio exhaustivo de la libertad en SUAREZ, pero sí un acercamiento para intentar comprender sus ideas sobre el derecho a la libertad de cada uno.[100]

Lo primero que expone el autor es que por derecho natural la libertad compete a todos los hombres, pero es un hecho real que las leyes privan de ella en ciertas ocasiones.[101] La razón que lo justifica es que la libertad pertenece al derecho natural concesivo o negativo; atendiendo solamente al derecho natural, la libertad está permitida, pero "la ley natural no manda que tales cosas continúen en esa situación" y estará sometida a las exigencia de la razón.[102] Pero, aclara SUAREZ, "es de derecho natural más que la esclavitud, porque la naturaleza hizo a los hombres –por decirlo así– positivamente libres con derecho intrínseco a la libertad; en cambio, hablando propiamente no los hizo positivamente siervos".[103] Al relacionarlo con el derecho de propiedad, consigue dar mayor fuerza a la libertad, pues afirma que la naturaleza confiere a cada hombre la propiedad sobre su libertad de una forma positiva.[104]

---

96. Así lo considera SUAREZ en *De legibus,* lib. II, cap. XVII, n. 2.

97. *De legibus,* lib. II, cap. IV, n. 9.

98. Cfr. *De legibus,* lib. II, cap. XIV, n. 2.

99. Cfr. *De legibus,* lib. II, cap. XIV, n. 19.

100. Cfr. FOLGADO, op. cit., págs. 208-210.

101. Cfr. *De legibus,* lib. II, cap. XIV, n. 2. Este modo de pensar, ver las leyes como normas que recortan la libertad original, es un planteamiento típicamente moderno. Los juristas bajomedievales o santo Tomás no partían desde una libertad originaria que, posteriormente, se vería recortada por las leyes. Lo típico del pensamiento anterior es más bien entender que las leyes posibilitan la libertad: la libertad sólo puede ser sacrificada a fin de ser aumentada.

102 Cfr. loc. cit., n. 6. Continúa diciendo que "la libertad es natural al hombre, pues la tiene en fuerza del derecho natural, aunque la ley natural no prohibe perderla".

103. Loc. cit., n. 16.

104. *Ibidem:* "Pero si hablamos del derecho natural de propiedad, es verdad que la libertad es de derecho natural positivamente -no sólo negativamente- porque la misma naturaleza dio al hombre la propiedad de su libertad".

Esto no significa que tengamos que entender una libertad ilimitada e intangible, "y así puede decirse que existe también un derecho natural concesivo, cual es el derecho de casarse, el derecho de retener y conservar la propia libertad, ya que esto es honesto y el derecho natural lo concede, no lo manda".[105] El hombre, a juicio de Suárez, tiene derecho a ser libre, pero ese derecho puede sufrir modificaciones con o sin consentimiento del individuo.[106]

Con consentimiento significa que cada individuo, al ser verdadero propietario de su libertad, puede enajenarla (onerosa o gratuitamente). Sin consentimiento consiste en la privación de la misma por la autoridad competente –en cuyo caso necesitaría una causa justa y proporcionada– o bien por derecho de guerra, que también permite hacer esclavos.

En definitiva, para no alargarnos más, el individuo es propietario de su libertad, pero la puede perder. "Acerca de la libertad y de cualquier otro derecho semejante decimos que, aunque lo haya dado la naturaleza positivamente, pueden los hombres cambiarlo porque en cada una de las personas existe en dependencia de su propia voluntad y en dependencia del Estado en cuanto que éste tiene legítimo poder sobre todas las personas particulares y sobre sus bienes en todo lo necesario para el buen gobierno".[107] En los modernos el tratamiento de la libertad será similar, aunque habrá diferencias de matices. El hombre nace libre por naturaleza, con una libertad absoluta, y no se pueden establecer limitaciones a este derecho a menos que sean consentidas por su titular, ya sea un consentimiento expreso o tácito.

5. Con GROCIO, que no es escolástico, asistimos a la consolidación de una nueva forma de entender el Derecho natural. VAZQUEZ DE MENCHACA había puesto las bases fundamentales para esta nueva concepción, pero sería GROCIO el primero en alcanzar el éxito; durante mucho tiempo será considerado como el padre del auténtico Derecho

105. *De legibus,* lib. II, cap. XVIII, n. 2.

106. "Aunque la naturaleza dio la libertad y la propiedad de ella, sin embargo no prohibió absolutamente que pueda quitarse. En primer lugar, por el mismo hecho de que el hombre es dueño de su libertad, puede venderla y enajenarla. También la patria, con el poder superior que tiene para regir a sus súbditos, puede por una causa justa –por ejemplo, como castigo– privar al hombre de su libertad". Y realza entre admiración la siguiente frase: " ¡también la naturaleza dio al hombre el uso y la posesión de su vida, y sin embargo este puede a vecer ser justamente privado de ella por el poder humano!" ( *De legibus,* lib. II, cap. XIV, n. 18.).

107. *De legibus,* lib. II, cap. XIV, n. 18. Para el estudio de la esclavitud como institución de derecho de gentes, la facultad de hacer esclavos o recuperar la libertad, etc., cfr. lib. II, caps. XVII-XX y lib. VII, cap. IV, nn. 6-7.

natural. Pero, en honor a la verdad, tenemos que decir que son muy escasas las aportaciones originales de este autor.[108]

La metodología jurídica seguida por GROCIO no varía sustancialmente de la utilizada hasta su época; sus opiniones están basadas en citas de la Sagrada Escritura, en la jurisprudencia anterior, en el derecho romano, en filósofos, literatos, etc. Uno de los juristas que más influyen en GROCIO es, sin duda alguna, el vallisoletano Fernando Vázquez de Menchaca; la diferencia más marcada entre ambos será el punto de vista o perspectiva desde la que enfocan los asuntos. Esto les llevará a distanciarse considerablemente en algunos temas.[109]

También recibe influencias de los escolásticos españoles. No se puede pretender, como lo han intentado algunos, convertir a GROCIO en discípulo, prácticamente, de los escolásticos.[110] Pero tampoco se puede ignorar la influencia que ejercen en él autores como VITORIA, SOTO, SUAREZ, etcétera.[111]

Para Grocio, el derecho puede entenderse en tres sentidos: como una cualidad de la persona, como ley y como un ordenamiento o conjunto de normas.[112]

---

108. Cfr. CARPINTERO, F., *"Mos italicus"mos gallicus" y humanismo racionalista,* en *Ius Commune VI* (1977), págs. 169 y ss. Mantiene LUIS GARCIA ARIAS que "el mérito principal de Grocio es el haber ordenado y sistematizado las doctrinas de los tratadistas inmediatamente antecesores, y el exponerlas lógicamente encadenadas compendiándolas con buen sentido jurídico" (en el Prólogo a la versión española del *Mare liberum sive de iure quod Batavis competit ad Indicana commercia. Dissertatio,* trad. de V. Blanco García, con el título *De la libertad de los mares.* C.E.C., Madrid, 1979, págs. 42-43). En el mismo sentido, HERVADA, J., *Lo nuevo y lo viejo de la hipótesis "etiamsi daremus" de Grocio,* en *Escritos de Derecho natural.* Eunsa, Pamplona, 1986, págs. 401-402. Afirma Brufau que el contenido en las obras de Grocio no cambia con respecto a los autores anteriores a él; la diferencia está fundamentalmente en el método utilizado (cfr. BRUFAU, J., *La actitud metódica de Pufendorf.* I.E.P., Madrid, 1968, págs. 31 y 36).

109. Cfr. HERVADA, J., *Historia de la Ciencia...,* cit., págs. 266-268; WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Aguilar, Madrid, 1971, pág. 127. A juicio de GARCIA ARIAS, la base doctrinal de su obra *Mare Liberum* "o bien pertenece a FRANCISCO DE VITORIA (...) o bien pertenece, incluso literalmente, a FERNANDO VAZQUEZ de MENCHACA" (op. cit., pág. 42). En el mismo sentido afirma van der Vlugt que el *Mare Liberum* "no tiene otro valor más que el de un estudio bien hecho de segunda mano, tomado a préstamo de la sabiduría española", en clara alusión al uso de las doctrinas de Vitoria, Suárez y Vázquez (cfr. VAN DER VLUGT, V., *L'ouvre de Grotius et son influence ser le dèveloppement du Froit international,* en *Recueil des Cours,* La Haya, 1925, vol. 7, págs. 420 y ss.).

110. Cfr. SAUTER, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts,* págs. 91 y ss. (citado por Welzel, op. cit., pág. 126).

111. WELZEL, H., op. cit., págs. 126-127; CARPINTERO, F., op, ult. cit., págs. 169 y ss.; LAREQUI, J., *Influencia suareciana en la Filosofía de Grocio,* en *Razón y Fe,* T. 88 (1929) y *Grocio ¿fundador del derecho natural?,* en *Razón y Fe,* T. 87 (1929); JIMÉNEZ DE PARGA, M., *Hugo Grocio y el proceso de constitución de la realidad jurídica moderna,* en *Revista de Estudios Políticos* 74 (1954). Sobre la trascendencia de Vitoria de Grocio, cfr. GOMEZ ROBLEDO, A., introducción a las *Relecciones del Estado, de los indios y del derecho a la guerra* de Francico de Vitoria. Porrúa, México, 1985, págs. XXVIII y XXXI y PUIG PEÑA, F., *La influencia de Francisco de Vitoria en la obra de Hugo Grocio,* en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 16 (1933), págs. 543-606 y 17 (1934), págs. 12-113 y 213-314.

112. Expone Rodríguez Molinero que "el término *ius* tiene para Grocio tres significados. El primero de ellos, sumamente vago, coincide con el ya explicado instinto de sociabilidad. El segundo significado es el subjetivo de *facultad* o poder para exigir lo debido. El tercero corresponde a la significación objetiva equivalente a *lex*" (RODRIGUEZ MOLINERO, M., *La doctrina del derecho natural de Hugo Grocio, en Persona y Derecho* 26 (1992), pág. 297).

En cuanto al derecho como ley, dice GROCIO que "hay también una tercera significación del derecho, que es lo mismo que ley, siempre que la palabra ley se tome amplísimamente, como regla que es de los actos morales, que obliga a lo que es recto".[113] Para explicarnos el verdadero sentido de la ley, pone este término en relación con el de virtud; ésta está referida al individuo como tal, mientras que aquella está referida al individuo como miembro de una sociedad para que ésta sea posible; con la virtud se persigue el bien particular del individuo, mientras que con la ley se persigue el sumo bien de la comunidad.[114] Por esta razón, los actos o funciones de la ley consistirán en ordenar lo bueno, prohibir lo malo y permitir o no lo indiferente.[115] Lo que persigue la ley no es conseguir un buen individuo –misión que correspondería a la ley divina–, sino un buen ciudadano.

Para que el derecho pueda tener esta consideración de ley es necesario que la regla establecida entrañe una obligación, ya sea positiva o negativa. Por tanto, no tendrán carácter de derecho las prescripciones sin fuerza de obligar, ni lo que se había venido denominando derecho permisivo. La obligación positiva es la conducta ordenada expresamente por una norma; es decir, entraña llevar a cabo una determinada acción. La obligación negativa, muy extendida en los inicios del iusnaturalismo moderno,[116] es la que deriva de la atribución de un derecho a una persona concreta: si un individuo tiene el derecho a la libertad de expresión, todos los demás tienen la obligación (negativa en este caso por consistir en omisiones) de respetar y no interferir en el ejercicio de ese derecho.[117]

Nos encontramos también con la concepción del derecho como un sistema de normas jurídicas. GROCIO entiende, en este sentido, que el derecho está constituido por un conjunto de normas, bien impuestas por la razón natural del hombre, bien acordadas entre los que van a resultar obligados por ellas. El conjunto de normas dictadas por la razón natural constituirá el Derecho natural, mientras que las normas pactadas constituirán el derecho de gentes o el derecho civil.

---

113. *De iure belli ac pacis libri tres.* Trad. de J. TORRUBIANO RIPOLL. Ed. Reus, Madrid, 1925, Lib. I, cap. I, parágrafo IX.

114. En *Argumenti theologici, iuridici, politici,* reprint de la ed. de Amsterdam de 1652. Scientia, Aalen, 1980, pág. 115 (dentro del título dedicado a F. Thome Campanellae. *Philosophiae realis. Pars tertia. Quae est de Politica, in Aphorismos digesta,* cap. IV, número 2) podemos leer: "Sicut virtus est lex privata individui, ita lex est virtus publica communitatis, Ergo quoniam virtus est regula operationum et affectionum particularis hominis, a rationis potentis volentisque decreto indicta propter bonum summam privatum: sic lex est regula affectum actionumque publicarum, a rationis communis potentis volentisque decreto promulgata propter summun bonum commune".

115. *Argumenti theologici...,* cit., pág. 123 (título cit., cap, IV, número 11): "Actus legis sunt, imperare bona, prohibere mala, permittere indifferentia". Cfr., también pág. 125, cap. IV, número 14.

116. Cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción a la Ciencia Jurídica.* Civitas, Madrid, 1988, págs. 49-50.

117. *De iure belli...,* cit., Lib. I, cap. I, parágrafo IX: "Exigimos la obligación: pues los consejos, y cualesquieras otras prescripciones, honestas en verdad, pero que no obliguen, no se comprenden bajo el nombre de ley o derecho. Y la permisión no es propiamente acto de la ley, sino negación de la acción, a no ser, en cuanto obliga a otro, distinto de aquel a quien se da el permiso, a no poner estorbo".

Los preceptos que corresponden al Derecho natural propiamente dicho encierran su bondad o maldad en sí mismos, por lo que no cabría acuerdo posible que estableciera lo contrario. En cambio, el Derecho natural permisivo, que no establece de forma concreta lo que debe ser, sí deja campo abierto al derecho de gentes o civil, esto es, a que se establezca mediante pacto lo que se crea más conveniente.

Este parece ser, efectivamente, el criterio de GROCIO cuando habla de la capacidad de los locos y niños para ser propietarios.[118] Nos dice que, atendiendo exclusivamente al derecho natural, no es capaz de dominio el que carece de uso de razón; pero el derecho de gentes, por utilidad común, introdujo que los niños y los locos pudiesen "aceptar y retener dominios". Pero como "las leyes humanas puedan constituir muchas cosas fuera de la naturaleza, pero nada contra la naturaleza",[119] este dominio se reducirá a la facultad de detentación, pero no de disposición. Es lo contrario a la doctrina escolástica, que considera a cualquier individuo apto para tener dominio, salvo que el derecho humano, atendiendo a circunstancias concretas, establezca lo contrario.

El problema de GROCIO es que utiliza concepciones del derecho que son contrarias entre sí, que le llevan, en ocasiones, a situaciones con difícil salida. "Esto explica –afirma CARPINTERO– el carácter confuso, por ecléctico, de la teoría iusnaturalista que propone GROCIO. Efectivamente Grocio declara que él pretende descubrir verdades racionales exactas, que tengan la misma validez que las verdades matemáticas, lo que constituiría una dimensión del Derecho natural (...) como razón; en cambio, este libro –se refiere al *De iure belli ac pacis*– está compuesto al filo de la idea, dominante en todo momento, que parte del hombre libre y aislado que, mediante pactos, va creando sucesivamente el poder político, los contratos, las leyes; ésta sería la concreción de la otra forma de entender el Derecho natural, es decir, el Derecho natural como libertad, que parte en todo momento del individuo libre que asume obligaciones en la medida en que él presta su consentimiento".[120]

En su *De iure belli ac pacis,* en el primer capítulo del Libro I, expone su idea del derecho como "cualidad moral correspondiente a la persona,

118. *De iure belli...,* cit., II, III, VI: "Se ha de notar también esto: que si consideramos sólo el derecho natural, no se da el dominio sino en aquel que tiene uso de razón. Pero el derecho de gentes introdujo por utilidad común que los niños y los locos pudiesen aceptar y retener dominios, como sosteniendo entre tanto el género humano la personalidad de ellos".

119. *Ibidem.*

120. CARPINTERO, F., *Una introducción...,* cit., pág. 56. Otra razón de estas contradicciones puede ser el hecho de dejarse llevar en ocasiones por ideas no del todo asumidas y que pueden chocar con el resto de su pensamiento. Esta vacilación la pone de manifiesto Kosters cuando explica la modificación realizada por Grocio de su *De iure praede commentarius* para introducir la doctrina de Suárez sobre el derecho de gentes (cfr. KOSTERS, J., *Les foundaments du Droit des Gens.* Leiden, 1925, págs. 41-43). También Friedrich opina que Grocio desarrolló un "eclecticismo racionalista" (cfr. FRIEDRICH, C. J., *La filosofía del derecho.* Fondo de Cultura Económica, México, 1969, pág. 102).

para poseer u obrar algo justamente".[121] Esta cualidad puede tener dos grados: perfecta y menos perfecta. A la cualidad moral perfecta la denomina *facultad,* y a la menos perfecta *aptitud,* "a las cuales corresponden en lo natural, a aquella ciertamente el acto, y a ésta la potencia".[122]

Esta concepción del derecho como una realidad exclusivamente personal nace de la libertad del sujeto y será denominada por GROCIO "derecho propio y estrictamente dicho".[123] Esta mentalidad continuará en el iusnaturalismo moderno, en el que, como recoge CARPINTERO, "el *ius* es, en consecuencia una cualidad *personal* de cada sujeto en la que, en principio, sólo cuenta, es decir, sólo es tenida en cuenta en el momento de la decisión y de la regulación de la voluntad de ese tal individuo: lo que él quiera, se proponga o pretenda, esto es la medida y las normas de regulación del Derecho".[124] En este sentido, llama la atención la afirmación que hace en su *Mare liberum* cuando se refiere a las consecuencias que puede producir el ejercicio de un derecho. Este ejercicio podría tener consecuencias negativas para los demás, pero esta circunstancia no invalidaría el derecho si no se ha perseguido directamente el daño producido. Basta con ejercitar un derecho que nos reporta un beneficio a nosotros y que éste sea nuestro objetivo, aunque con él estemos –al mismo tiempo– perjudicando a los demás.[125] Si fuera al contrario, es decir, perseguir un daño para otros amparándonos en un derecho propio, habría que cuestionar tal derecho.

Este derecho, como cualidad moral, puede recaer sobre el mismo titular del derecho[126] (estaríamos hablando de la libertad), sobre otros individuos o sobre los bienes externos.[127] Estas tres clases de poderes no son nuevas en la doctrina jurídica de su época, como hemos visto. Pero lo que sí es

---

121. *De iure belli...,* cit., Lib. I, cap. I, parágrafo IV.128. Además de los autores ya citados, también consideran a Grocio como iniciador del derecho subjetivo, concebido como poder absoluto, WALDRON, J., op. cit., págs. 149-150; BUCKLE, S., *Natural Law and the Theory of Property. Grotius to Hume.* Clarendon Press, Oxford, 1991, págs. 12, 15 y 30-32; TULLY, J., *A discourse on Property. John Locke and his adversaries.* Cambridge University Press, Cambridge, 1982, págs. 70-71 y 83; etc.

122. *Ibidem.* En esta concepción se basa Vergés para estudiar los derechos humanos en Grocio, aunque resulta difícil dar relevancia a una teoría de los derecho humanos en la doctrina del holandés (cfr. VERGÉS, S., *Desarrollo de los derecho humanos en Hugo Grocio,* en *Estudios de Deusto* 35/1 (1987), págs. 111-119).

123. *De iure belli...,* cit., Lib. I, cap. I, parágrafo V. En torno a esta concepción del derecho, comenta Feenstra que "Grocio ha jugado un papel importante en el desarrollo de la teoría de la propiedad, partiendo de lo que ahora se denomina derecho subjetivo" (FEENSTRA, R., *Grocio y el derecho privado europeo,* en AHDE, T. II (1975), pág. 618.

124. CARPINTERO, F., *Una introducción...,* cit., págs. 40-41. Para una visión más amplia del tema, cfr. CARPINTERO, F., op. ult. cit., págs. 40-48 y *La Cabeza de Jano.* Universidad de Cádiz, 1989, págs. 46-59.

125. *Mare liberum...,* cit., pág. 153: "Se debe uno fijar, pues, en aquello que principalmente realiza y no en lo que extrínsecamente ocurre como consecuencia".

126. En esta acepción, comenta Waldron, se basará Locke para elaborar su doctrina sobre el derecho de cada individuo sobre su propio cuerpo. Cfr. WALDRON, J., *Right to private Property.* Clarendon Press, Oxford, 1990, pág. 178.

127. Cfr. VILLEY, *Los orígenes de la noción...,* cit., pág. 25.

nuevo es la forma de concebirlos, como derechos exclusivos y absolutos, cuando se corresponden con la cualidad moral perfecta o facultad.[128] Por esta razón, TULLY no duda en señalar la diferencia con FRANCISCO SUAREZ. Ambos coinciden en muchos aspectos, pues es sabido que GROCIO recurre en numerosas ocasiones a la doctrina del jesuita, pero se aparta de éste al concebir el derecho como exclusivo y absoluto.[129] De ahí que se pueda decir que el titular del derecho ejerce la soberanía o control sobre todo lo referente a su derecho siendo ésta la característica que lo define.[130]

Pero GROCIO no desarrolla una doctrina completa y acabada sobre el derecho subjetivo. El holandés consigue introducir o revivir las bases individualistas en la concepción del derecho, pero serán sus comentaristas y seguidores los que la desarrollen; incluso sus adversarios "no tendrán inconveniente alguno en aceptar el término acuñado por GROCIO.[131]

Para explicar lo dicho con algún ejemplo concreto, nos referiremos al derecho de propiedad, en el que se encuentran similitudes con la Escolástica, pero también una gran diferencia: la exclusión de los demás. Así, escribe que "Dios confirió en general al género humano el derecho sobre las cosas de naturaleza inferior, inmediatamente después de crear el mundo y una vez restaurado nuevamente el mundo después del diluvio. Según dice JUSTINO, "todo era común e indiviso para todos". De ahí sucedió que inmediatamente cada hombre podía tomar para sus usos lo que quisiera, y consumir lo que se podía consumir. Y tal uso universal hacía entonces las veces del derecho de propiedad. Pues lo que cada uno así tomaba, nadie se lo podía quitar sin injuriarle".[132] Es decir, Grocio mantiene claramente la distinción tradicional entre un dominio general sobre todos los bienes, que corresponde al estado originario (y que prevalecería en el estado social en los casos de extrema necesidad), y un dominio sobre cada uno de los bienes concretos, que corresponderá al estado social. Sólo de forma analógica se puede denominar con el mismo término a dos realidades que son distintas. En el estado originario no existía el dominio entendido como propiedad, sino como uso, como un uso de hecho, puesto que no existía el derecho. En su afán por abundar en la explicación, expone que "dominio quería decir la facultad de usar legalmente

129. Cfr. TULLY, op. cit., págs. 71 y 84. Buckle lo define como derecho individual (cfr. op. cit., págs. 35 y ss.).

130. A estas cualidades morales perfectas las denomina Tully derechos perfectos (por contraposición a las meras aptitudes que constituyen derechos imperfectos). "A perfect right is said to be a moral faculty because to possess a right means that one can exercese sovereignity or control over the referent of the right. This element of the sovereignity es the defining characteristic of a right". TULLY, op. cit., pág. 83.

131.Cfr. VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., págs. 26-31 y 50. Un estudio muy detallado sobre la repercusión de la doctrina de Grocio en los autores modernos es el de CARPINTERO, *La independencia y autonomía del individuo...*, cit., págs. 477-522. Cfr., también, WALDRON, op. cit., págs. 149-154; BUCKLE, op, cit., págs. 1 y ss. y 53-61; TULLY, ip. cit., págs. 72-73.

132. *De iure belli...*, cit., II, II, II, 1. Otras referencias a la comunidad de bienes las encontramos en I, I, X, 7 y II, II, II, 4.

de lo común".[133] Y no podía existir la propiedad porque "la naturaleza no puede distinguir dueño. En este sentido decimos que en tal tiempo todas las cosas fueron comunes (...). Esta comunidad se refería, sin embargo, al uso (...). Por cuya razón había un dominio, pero universal e indefinido. Dios no había dado todas las cosas a éste o aquél, sino al género humano".[134] Nos explica Grocio que, según la naturaleza, sólo Dios es verdadero Señor, puesto que tiene potestad absoluta sobre la sustancia y el uso de las cosas; en cambio el hombre sólo puede ser señor en cuanto al uso, dado que su voluntad no puede regular ni modificar la ley natural o positiva de Dios, por lo que no puede ser señor en cuanto a la sustancia, sino en cuanto al uso y según el uso prescrito por Dios.[135]

Esta comunidad inicial de bienes no pertenece al Derecho natural propiamente dicho, al inmutable, sino que es natural solamente en "ciertas circunstancias",[136] y hace las veces del derecho de propiedad.

En este estado el hombre podía tomar para su uso lo que quisiera, de modo que nadie se lo podía quitar sin injuriarle, puesto que ese uso, como decíamos, hacía las veces de propiedad. Pero expone también GROCIO que en este estado, al no existir leyes, los derechos se adquieren mediante la fuerza.[137] Se aprecia aquí la dificultad que encuentran los modernos cuando se refieren al estado originario del hombre. Si no existe sociedad política, no pueden existir leyes que sean fruto del acuerdo entre los individuos. Al no existir leyes no podrán existir derechos, puesto que éstos tienen su origen en aquellas. Esta sería la consecuencia lógica de una compresión aislada del hombre, pero GROCIO no lo ve así, y tiene que hablar de derechos que se adquieren por la fuerza, de un uso que equivale a propiedad y de la injusticia que supone atacar esa propiedad.

Una vez que se crea la sociedad política mediante un pacto, la cuestión cambiará. Se va a introducir progresivamente la propiedad particular,[138] en común o privadamente, y su regulación, de modo que quede salvaguarda-

---

133. *Mare liberum...*, cit., pág. 85. Por "legalmente" entendemos que se refiere al uso acorde a las circunstancias concretas de ese estado originario.

134. *Mare liberum...*, cit., págs. 86-87.

135. *Argumenti theologici...*, cit., págs. 107-108 (título cit., cap. III): "Dominus simpliciter secundum naturam est solus Deus; quoniam potestatem habet, super substantiam et usum rerum, absolutam; eiusque voluntas ut sapientissima, et lex sibi, et excedit species et genera rerum. Homo est Dominus solummodo secundum quid; quoniam eius voluntas non potest esse lex, nisi prout a Dei lege naturali vel positiva regulatur et modificatur. Nec ergo suae vitae, nec subditorum, nec fortunarum est dominus quoad substantiam, sed quoad usum, et propter finem a Deo praescriptum".

136. Cfr. *De iure belli...*, cit., I, I, X, 3. Deja de ser natural cuando, mediante un pacto, se introduce la propiedad privada.

137. Cfr. *ibidem.*

138. *Mare liberum...*, cit., pág. 87: "pero a esta distinción de dominios que ahora existe, parece que se ha llegado, no por cierto impulso, sino poco a poco y marcando el comienzo la misma naturaleza".

do el orden y la seguridad en cada una de las sociedades.[139] En este estado social el significado de dominio ya no puede ser referido al uso, sino a lo que hoy entendemos por propiedad. El "dominio propio" significa "lo que es de uno, de suerte que no sea de otro del mismo modo. Y llamamos "común" a aquello cuya propiedad, por cierta participación o consentimiento, se ha conferido entre muchos, excluyéndose a los demás".[140] Tanto en un estado como en otro está presente la idea de exclusión.

6. Los escolásticos tardíos no afirman rotundamente que el derecho subjetivo sea la manifestación primera y fundamental del Derecho. Pero, como hemos podido apreciar, su doctrina es algo titubeante. Efectivamente, Tomás de Aquino y, tras de él, Vitoria o Soto (autores muy estrictamente tomistas, especialmente Soto), habían entendido el Derecho como la *ipsa res iusta,* de modo que la ley sería sólo una *cierta causa del Derecho.* Por el contrario estos escolásticos tardíos, que no quieren romper con la tradición, equiparan a la ley, a la *cosa justa* y a la *facultas.* Tengo la impresión de que su referencia a la *cosa justa* es más bien retórica: ellos tienen sólo ante la vista les leyes y los poderes o facultades que conceden las leyes. Por este motivo, es más consecuente SUAREZ cuando, en lugar de titular su obra jurídica más importante *De iustitia et iure* (como habían hecho los otros escolásticos), la titula *De Legibus.* Parece que sólo tuvieron presente el *Tratado de las leyes,* que figura en la I-II de la *Suma Teológica* de TOMAS DE AQUINO, y que no supieron entender el *Tratado de la Justicia* contenido en la II–II de esta misma obra.

Por otra parte, a finales del siglo XVI y comienzos del siglo XVII, las ideas individualistas que recoge ejemplarmente FERNANDO VAZQUEZ DE MENCHACA ya se habían impuesto. Sabemos que la jurisprudencia bajomedieval entendió –siguiendo estrictamente los textos romanos– que existió una primera etapa de la historia de la Humanidad, llamada *status naturae,* que se caracterizaba, según la terminología de Isidoro de Sevilla, por la "común posesión de todas las cosas", la *comunis omnium possesio,* y la "igual libertad de todos los hombres", la *omnium una libertas,* de modo que no podría existir poder político (que, con sus inevitables relaciones de jerarquización y subordinación se opondría a esta "igual libertad") ni propiedad privada. Ahora nos interesa la libertad *originaria* del hombre.

---

139. En este sentido afirma Beneyto que "Grocio y otros representantes del derecho natural racionalista, que hacían depender el origen de la propiedad de un contrato social, es decir, de su *Vergesellschaftung,* se encuentran muy próximos a la teoría legal (...). Esta interpretación de la teoría legal no era contraria a la concepción de la libertad primaria de la propiedad individual, al considerar que el contrato social se efectúa precisamente con el fin de convertir la tenencia fáctica de bienes (la posesión) en una situación jurídica (la propiedad); es decir, asegurándole a la posesión individual la protección de la comunidad" (BENEYTO, J.M., *Propiedad, Estado y Sociedad: posibilidades de un análisis estrutural diacrónico,* en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) 15 (1980), pág. 154).

140. *Mare liberum...,*cit., pág. 85.

Efectivamente, los juristas bajomedievales *tendieron* (palabra deliberadamente imprecisa) a considerar que el hombre "es libre por naturaleza", y que el poder político y sus leyes coartan y limitan esta libertad *originaria* de los individuos. Esta mentalidad era plenamente contradictoria con su quehacer romanístico-prudencial, pero existió. Los escolásticos tardíos a que he aludido, parace que tienden a considerar, o a conceder un cierto realce, a esa libertad originaria del hombre, de modo que la tesis típicamente liberal: el hombre es libre ante todo, y se trata de coartar lo menos posible –mediante las leyes– esa libertad, está de algún modo en embrión en ellos. Dejan de considerar al Derecho como un orden de *colaboración* colectiva, política, y sacan a la luz al individuo aislado e independiente. De ahí la importancia que conceden al *ius* como *facultas.* Es cierto que no es del todo equiparable con la idea de derecho subjetivo que inicia GROCIO y se consolida con sus comentaristas, sino que podría ser definido como "la facultad que asiste a todo miembro de una comunidad, a ser considerado igual a los demás miembros, en cuanto a los servicios y ventajas que la comunidad ocasione, y a beneficiarse por el resultado de su actividad privativa *dentro del límite que no ponga en peligro la existencia o la prosperidad comunes".*[141]

Perdida la noción del Derecho como *la cosa justa* (objeto de un *quehacer* prudencial), sólo quedan las leyes del poder político y las diversas manifestaciones de la libertad *originaria* de cada individuo, que las entiendes a modo de *facultades,* aunque no quizá –como acabamos de decir– en el sentido (aún) de *derecho subjetivo,* tal como esta categoría jurídica fue elaborada por la pandectística alemana del siglo pasado: una *libre* disposición sin responsabilidades.

Estamos, pues, ante autores titubeantes y eclécticos, que no quieren romper con la tradición expresamente, pero que tienen ante su vista más el Estado moderno liberal –individualista– que no la *respublica medieval.* El Estado dicta sus leyes, y de ahí que ellos insistan en las leyes políticas como la fuente fundamental del Derecho. El derecho subjetivo aparece, por tanto, bien como un correlato de una facultad concedida por la ley, bien como una manifestación de la libertad originaria del hombre. Hacen referencias, ciertamente, a los condicionantes que imponen la *naturaleza de las cosas:* ellos no ignoran la *Jurisprudentia* o ciencia jurídica. Pero, al mismo tiempo, como digo, son más proclives a acentuar la función de las leyes del Estado, que ya no aparecen como "una cierta causa del Derecho", como mantenía TOMAS DE AQUINO, sino como el Derecho mismo. Eclécticos y titubeantes: en ellos casi todo es cuestión de matices.

---

141. SANCHEZ DE LA TORRE, A., *Derecho subjetivo y deber jurídico en la Escuela de Suárez,* en *Boletim da Facultade de Direito da Universidade de Coimbra* LXV (1989), pág. 11. La cursiva es nuestra.